

Los débiles argumentos contrarios a la gestación por sustitución

POR FEDERICO NOTRICA (*)

Sumario: I. Introducción.- II. Argumentos en contra de la GS y la respuesta a cada uno de ellos.- III. La discusión más tensa de la GS: ¿altruista u onerosa?- IV. Conclusiones.- V. Bibliografía.

Resumen: la gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida especial porque se requiere de la intervención de una tercera persona que actúa como gestante. Este procedimiento ha tenido críticas fuertes por parte de un sector de la doctrina, posicionándose en contra de una regulación. El objetivo de este trabajo es contrarrestar estas posturas con argumentos sólidos y fundados.

Palabras claves: gestación por sustitución - técnicas de reproducción humana asistida - derechos humanos

The weak arguments against gestation by substitution

Abstract: *gestation by substitution is a technique of human reproduction special assisted because it requires the intervention of a third person who acts as a pregnant. This procedure has had strong criticism from a sector of the doctrine, positioning itself against a regulation. The objective of this work is to counteract these positions with solid and well founded arguments.*

Keywords: *gestation by substitution - techniques of assisted human reproduction - human rights*

(*) Abogado. Prof. Adjunto en Familia y sucesiones, Universidad Nacional de Avellaneda. Maestrando en Derecho de familia infancia y adolescencia, Universidad Nacional de Buenos Aires. Miembro del proyecto de investigación UBACyt "Realidad y legalidad: instrumentación, articulación e implementación de las técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial de la Nación". Auxiliar letrado de la sala 3 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Familia del Departamento judicial de Lomas de Zamora

I. Introducción

El Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.) agregó dentro del instituto jurídico de la filiación, una nueva causa fuente de la filiación: las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), reconociendo de esta manera la gran cantidad de personas que nacen gracias al avance de la ciencia médica.

Esta regulación autónoma posee elementos propios, ya que no podía regirse por las mismas normas que la filiación biológica, puesto que el/la niño/a no nace de un acto sexual, sino que nace por la voluntad de sus progenitores de tener un/a hijo/a, apoyándose en la ciencia médica.

En el marco de las TRHA, el elemento central para determinar la filiación es la denominada “voluntad procreacional”, ya que su origen reside en un acto médico, acompañado con el consentimiento (no sólo en los términos del artículo 59 del CCiv. y Com. y 5 de la ley 26.529), ya que este instrumento además le da nacimiento al vínculo filial entre el/la niño/a que nacerá y quien/es lo suscribieron, poniendo en crisis —y de manera positiva— la biologización de las relaciones familiares.

Dicho esto, es necesario definir la gestación por sustitución -GS- como una TRHA especial, ya que se necesita de una tercera persona que ocupará el lugar de gestante. Así se ha dicho que “la GS es una forma de reproducción asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra, o con una pareja, denominada comitente/s, gestar un embrión con el objetivo de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con este/os último/s” (Lamm, 2012b, p. 15).

Como punto de partida, se destaca la siguiente cuestión: la GS es una realidad en la que, si se pretende soslayarla, ocasiona que los más vulnerables sean los principales perjudicados, ante el silencio legal. Por el contrario, una solución legislativa que reconozca, contemple y regule las especificidades que trae consigo la GS, puede solucionar los eventuales conflictos que la práctica plantea, teniendo en cuenta la amplitud de la casuística. Por ello, el derecho comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) regular 2) prohibir o 3) abstenerse o silenciar (1).

Sin duda, como se adelantó, resulta más beneficioso contar con una normativa al respecto con pautas claras, previamente fijadas que brinde seguridad jurídica, tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los/las niños/as nacidos/as de ellas. Ni la postura abstencionista ni la prohibitiva podrán evitar que

(1) Esta disyuntiva fue planteada hace tiempo durante el debate del entonces Anteproyecto de Reforma de Código Civil y Comercial de la Nación.

se presenten conflictos jurídicos complejos que deben ser resueltos a pesar del vacío legislativo o su expresa prohibición (2).

Aquí, en este momento, es donde debe aparecer el derecho para resolver los conflictos reales. Es que la función del derecho tiene que ver con adaptarse a la historia, la evolución y los cambios sociales, y es esta sociedad la que demanda una solución frente a la cuestión; basta con observar la cantidad de casos que pasaron por los tribunales en todo el territorio nacional y en el mundo, de manera creciente.

Por ello, es menester observar cuáles son los argumentos que efectúa parte de la doctrina que se posiciona en contra de la GS y contrarrestarlas con fundamentos sólidos.

II. Argumentos en contra de la GS y la respuesta a cada uno de ellos

II. 1. El supuesto valor de la etapa prenatal

Un argumento falaz que corresponde analizar se refiere al supuesto valor de la etapa prenatal y a su desvalorización como parte de la vida de la persona humana.

En este sentido, se ha dicho que *“lo peor que le puede pasar a un recién nacido es que le separen de su madre”*. Esta frase corresponde al neonatólogo Nils Bergman, refiriéndose a que existe evidencia empírica que demuestra lo doloroso que es para los bebés ser separados de su madre al nacer y que esto genera las consecuencias más dañinas y las secuelas más graves que se pueden generar, pero éstas solo terminan siendo meras afirmaciones subjetivas (3). Y agrega que

lo que el bebé vive en el embarazo, en el parto y en los primeros días de vida deja una huella muy importante en su vida psíquica y condiciona en muchos aspectos su desarrollo cerebral. Toda una serie de mecanismos neuro hormonales hacen que nada más nacer los bebés esperen encontrarse con su madre, reconocerla, olerla, mirarla a los ojos, e idealmente, iniciar la lactancia. El estrés de la separación prolongada de la madre puede dañar el desarrollo cerebral del bebé y condicionar su salud de por vida (s/f).

(2) Conforme a los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial argentino.

(3) Recuperado de <https://iboneolza.wordpress.com/2017/03/29/la-gestacion-subrogada-es-violencia/> [Fecha de consulta 26/07/2017].

En este mismo sentido, el Informe del Comité de Bioética de España, elaborado en el año 2017, respecto a la GS, también se ha referido a ello, alegando que

A la urdimbre afectiva del hijo no es ajena la voz, el sabor y olor del cuerpo de la madre. Su cerebro configura y desarrolla los sistemas auditivo, gustativo y olfativo en la segunda etapa de su vida uterina (...). La relación psicológica que mantiene con el hijo contribuye a la construcción de la futura personalidad de éste, dado que se establece entre ambos lo que se denomina espacio psíquico de la gestación (2017, p. 14).

Dicho esto, cabe poner de resalto que estas conclusiones son fácilmente rebatibles conforme la evidencia científica, ya que varios estudios demuestran que el vínculo prenatal es influenciado por una serie de factores como la edad y la actitud posterior al parto. Estos factores son relevantes a la hora de explicar la habilidad de la gestante para entregar al/la niño/a después del parto. Las gestantes tienden a tener 30 años o más y la mayoría de ellas consideran que han completado su propia familia (Blythe, 1994, pp. 189-198). Otro estudio tendiente a determinar el vínculo materno durante el embarazo descubrió que las gestantes están menos ligadas o aferradas al feto (Fischer y Gillman, 1991, pp. 13-20). Consecuentemente, las gestantes no se permiten a sí mismas aferrarse al feto, o al/la niño/a después del parto. La práctica de entregar al/la niño/a a la pareja requirente inmediatamente después del parto refuerza esta idea (Van den Akker, 2000, pp. 1849-1855).

En lo que respecta a la entrega del/la niño/a, un estudio encabezado por Jadva, Murray, Lycett, Macalum y Golombok sobre las experiencias de las gestantes, sugiere que estas no se enfrentan a dificultades particulares al entregar el/la niño/a a los requirentes. En este estudio se analizaron 34 gestantes, de las cuales todas estaban felices con la decisión tomada acerca de cuándo entregar al/la niño/a y ninguna experimentó dudas o dificultades en lo que respecta a la entrega (2003, pp. 2196-2204).

En igual sentido, los datos de otro estudio realizado por Hanafin reflejan que ninguna de las mujeres que actuaron como gestantes (en este caso, 89 mujeres) experimentó un duelo por la separación del/la niño/a. El apego era, en general, mayor con la pareja requirente que con el/la niño/a. Según este estudio, la percepción de las gestantes de que siempre fue “su niño” (el/la niño/a de los requirentes) a menudo se basa en el hecho de que el/la niño/a no hubiera llegado a ser si no fuera por el deseo de la pareja en particular (1987).

Por otro lado, siguiendo este análisis, se rebate fácilmente que los bebés recién nacidos, si no están con “su madre”, tendrán problemas para toda su vida, ya que, no existe ningún estudio científico y serio que diga que los/las niños/as nacidos/as por procedimientos de GS sufrieran conflictos psicológicos, como tantos otros/

as que nacieron y se encuentran con su madre y sí los tienen. Estas generalizaciones inconsistentes, como expresa la Corte Suprema de México, “son la base cognitiva errónea de los prejuicios sociales y de la intolerancia” (4).

Pareciera que los argumentos dados por quienes sostienen esta falacia se retrotraen a la disyuntiva de forzar una maternidad, imponer y decidir sobre quién es la verdadera madre, si es que la hay, o si es la gestante o quienes proyectaron y desearon que el/la niño/a naciera.

En este sentido, es interesante señalar las palabras de Mario Sebastiani, prestigioso obstetra del Hospital Italiano, cuando sobre esta temática asevera lo siguiente:

La maternidad o la paternidad son procesos psicológicos y sociales que se denominan “filiación” y que no siempre pueden estar acompañados de la genética o del proceso gestacional y el nacimiento. Reconocer solo a una madre por su parto es obligarla a ser madre a pesar de ella. Curiosamente un padre que recurre a la donación de espermias es reconocido como padre, pero una mujer que recurre a un útero subrogado, no puede convertirse en madre (...). La ley, vista de una manera tradicional, se transforma en un cerrojo para aquellos que, en algunos países, desean y no pueden recurrir a la donación ovular o a la donación de espermatozoides, o en este caso, a un útero subrogado; la visión que la madre *es aquella que tiene intercambios materno fetales o epi genéticos* puede ser importante para la biología, pero no para la concepción ampliada de la entidad materna. No debemos olvidar que, en realidad son los niños o los hijos los que nos convierten en madre o padre en un proceso que implica la puesta en marcha de ritos de aceptación y de cuidado, que pueden estar o no acompañados por secuencias biológicas. Este es exactamente el caso de la adopción. La maternidad subrogada es una realidad en nuestra sociedad. Sin duda son temas difíciles y pasionales. Vale la pena que la tomemos con gran seriedad. Armonizar las diferencias entre las prácticas de la sociedad y las leyes no es un evento sencillo ni lo ha sido en el pasado. Sin duda todo un desafío para los legisladores (2015, p. 2).

Suponiendo que aquel argumento fuera cierto, ello no es óbice para tener una mirada negativa sobre la gestación por sustitución. ¿Acaso en la adopción no habría también un “valor de la etapa prenatal”? Aunque la respuesta sea afirmativa,

(4) Corte Suprema de México, sentencia del 16/08/2010, sobre adopción de pareja homosexual, inédito.

ello no sería obstáculo para seguir afirmando las virtudes de la adopción como una causa fuente filial.

En definitiva, la supuesta etapa prenatal sería un elemento que no tendría la suficiente entidad para desvirtuar ningún tipo de filiación, es decir, ni la adoptiva ni la derivada de las TRHA.

II.2. La GS es un contrato inmoral

Un sector de la doctrina se inclinó por esta postura, sosteniendo que el contrato de gestación por sustitución es nulo por tener un objeto ilícito y contrario a las buenas costumbres.

Bajo esta corriente, se observa, por ejemplo, a Zannoni, que asegura la inconveniencia de regularlo sobre la base de los siguientes argumentos: a) desde la perspectiva de las “madres sustitutas”, se trata lisa y llanamente de la explotación de la mujer y su utilización como objeto de la prestación; b) desde la perspectiva del niño, dichos acuerdos vulneran su derecho a la identidad al despojarlo arbitrariamente de su primer entorno natural y propio, el medio ambiente uterino; c) los contratos de gestación por sustitución provocan, al menos inicialmente, una situación de incertidumbre acerca de la determinación de la maternidad, ya que nos colocan ante la existencia de una madre biológica y una madre portadora o gestante; d) la dicotomía entre una madre biológica y una gestante provocará, posiblemente, una dicotomía de intereses; y, e) en este tipo de contratos, el hijo sería objeto de la relación jurídica contractual establecida entre la madre portadora y los padres con intenciones de procrear. Al igual que la “madre portadora”, recibe el tratamiento de cosa. En efecto, el contrato vincula a la portadora con obligaciones de hacer (no interrumpir voluntariamente el embarazo y facilitar los exámenes ginecológicos y clínicos y realizar los tratamientos que se le indiquen para llevar el embarazo a buen término) y de dar (entregar al niño, una vez nacido, a los dueños del embrión). El hijo se convierte, entonces, en la cosa debida (Zannoni, 1998, p. 533).

Un dato no menor a destacar es que quienes dan este argumento se apoyan en doctrina desactualizada, ya que en el tema en estudio dos o tres décadas es mucho tiempo, siendo que su avance y profundización se ha producido en los últimos años. Es que la doctrina clásica no puede dar respuesta a situaciones que se suscitan en la sociedad actual por diversas cuestiones, entre ellas, las razones y argumentos que se desarrollaron como puntos a favor de la GS. El mundo cambió y hay que encontrarse a la altura de estas circunstancias.

Siguiendo esta línea de análisis, la doctrina que se encuentra en la tesis negativa tiene dicho que “es impensable la propuesta de hacer del niño un objeto

de mercancía, de la mujer una portadora comprada y del hecho maravilloso de la maternidad una negociación infame". Agrega que "al transformar a una persona por nacer en el contenido de una prestación contractual, se viola todo principio de dignidad humana" (Méndez Costa, D'antonio, s/f, p. 55).

Asimismo, Laferriere expresa estas ideas, diciendo que

la maternidad subrogada es un contrato que tiene por objeto que una mujer se comprometa a gestar a una persona por nacer, concebida previamente por técnicas de procreación artificial, y entregarla a los requirentes luego del parto. El objeto de este contrato recae tanto en el "servicio" de gestar como en la obligación de entrega de la persona por nacer. Para la doctrina civilista clásica, se trata de un objeto contrario a la moral y las buenas costumbres (artículo 279 CCiv. y Com.). Pero aún sin entrar en la cuestión "moral", plenamente válida, también es claro que se está ante un objeto que afecta la dignidad de la persona humana y contradice normas de orden público (artículo 279 CCC). Por estas razones, se trata de un contrato nulo y de nulidad absoluta (artículo 386 CCiv. y Com.), cuya nulidad debe ser declarada de oficio, no puede ser exigible judicialmente, no puede ser confirmado y su nulidad es imprescriptible (artículo 387 CCiv. y Com.) (Lafferriere, 2017, p. 1).

Sin embargo, estas tradicionales resistencias han ido cediendo en los últimos tiempos, advirtiéndose una creciente aceptación de la necesidad de regular estas técnicas, refiriendo que la ley no debe castigar las conductas inmorales cuando todas las partes intervinientes están de acuerdo y no se genera un daño en alguna de ellas. Así, se ha dicho que "La regla es que la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas cuando sus conductas no dañan a otros. En consecuencia, en ausencia de daño demostrable para los niños u otras personas involucradas, como mínimo, el Estado debe abstenerse y no poner obstáculos a la posibilidad de acceder a esas libertades" (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, Herrera, 2012, p. 1).

En este esquema, la autonomía de la voluntad juega un rol fundamental, más aún cuando todas las partes que intervienen logran un acuerdo, ergo, el Estado no debe entrometerse, porque justamente esta autonomía es un principio que le otorga a cada persona la posibilidad de gobernarse a sí misma, con independencia de las circunstancias externas que puedan condicionarla, y teniendo en miras la no afectación de derechos y garantías de terceros. Es decir, se puntualiza cómo el estado de libertad personal puede coexistir con el de los demás respetando el principio de no dañar a otro. Este precepto guarda estrecha vinculación con el derecho a la libertad y con la posibilidad de actuar en

forma autónoma, siendo consecuente con la propia visión de la vida y del mundo, respetando quién se es.

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha manifestado diciendo lo siguiente:

Las consideraciones morales y/o la aceptabilidad social de estas prácticas no son, en sí mismas, razones suficientes para justificar la prohibición total de una técnica de procreación artificial específica (...) Estas consideraciones pueden tener un peso particular al momento de resolver la admisibilidad o no de las técnicas de fertilización asistida en general. Pero una vez admitidas, el andamiaje jurídico creado debe ser coherente, de manera de poder receptor los diferentes intereses legítimos en juego (TEDH, Caso “S. H. y otros c. Austria”, del 01/04/2010).

II.3. Comercialización, cosificación y explotación de la mujer

Este resulta ser un argumento crucial para la tesis contraria a la GS, en la que focalizan la mirada en las mujeres de bajos recursos y, principalmente, con la modalidad del llamado “turismo reproductivo” que supone la emigración hacia países del tercer mundo a los fines de aprovecharse de esta situación económica desventajosa y, así, llevar a cabo la práctica. Se ha expresado que

desde la perspectiva de las ‘madres sustitutas’, se trata lisa y llanamente de la explotación de la mujer y su utilización como objeto de la prestación, existiendo todavía bastante incertidumbre respecto de las proyecciones psicológicas y emocionales que a mediano y largo plazo provocan estas prácticas en las mujeres que se someten a ellas (Zannoni, 1998, p. 533).

En este sentido, la Sala de lo Civil en pleno del Tribunal Supremo español, en el caso “D. Ramón y D. César c. Administración General del Estado” del 2/06/2014, ha referido que “(...) otros bienes jurídicos deben ser tenidos en consideración al momento de la ponderación de los valores en juego. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación (...)”.

El mentado Informe del Comité de Bioética ha dicho también que

al constatar que la maternidad subrogada comercial, en particular la de alcance internacional, supone la explotación habitual de las mujeres que se someten a ella, se puede concluir que esta práctica debe

considerarse ilícita. En este punto pueden converger quienes califican en todo caso como explotación la maternidad subrogada de carácter comercial y quienes defienden la libertad de la mujer para comerciar con su capacidad gestacional, siempre que no dé lugar a su explotación (2017, p. 26).

Y se utilizan como ejemplos a países como Camboya, India y Tailandia en los que se permite la GS comercial y sucedería la explotación mencionada.

Para contrarrestarlo, Vela Sánchez expresó que

si no fuera una tragedia sería irrisorio poner como ejemplo de protección de la dignidad de las mujeres a países como India, Tailandia y Camboya, frente a naciones, por ejemplo, como los Estados Unidos -o, más recientemente, en Portugal-, en las que sus legislaciones sobre el convenio gestacional tratan de evitar a toda costa la explotación de la mujer gestante e intentan dotarla de mecanismos eficaces para su protección (2017, p. 5).

Por su parte, parte de la doctrina argentina contraria a la GS, ha dicho que esta figura afecta la dignidad e integridad moral de la gestante, el/la niño/a que nacerá, cosificándolos y mercantilizando completamente la gestación, el nacimiento y la maternidad, tal como ya se explicitó en el capítulo anterior del presente trabajo. En virtud de ello, se expresa que "(...) para evitar incertidumbres, lo más simple y mejor sea regular esta nueva figura jurídica. Pero por "regular" quiero decir "prohibirla" de modo expreso y claro, y en todas sus formas porque si no se desordena la maternidad y los vínculos que de ella se derivan" (Chiemiak, 2017, p. 118).

Sin embargo, quienes se pronuncian a favor de la GS han manifestado lo contrario, refiriendo que de ningún modo se debe partir de la idea de una mujer en condiciones desiguales para poder decidir por sí; es decir, no se puede subestimar, sin más, la capacidad de consentir de la gestante con libertad y conocimiento de las consecuencias, partiendo de una idea de vulnerabilidad y/o incapacidad para decidir por sí misma. Esta mirada paternalista pone a las mujeres en un lugar de inferioridad, presuponiendo un estado de imposible manejo de su propia vida con libertad y autonomía.

Nuevamente, el informe de bioética referido, entrecruzando la explotación de la mujer con la inseguridad jurídica del/la niño/a, parte diciendo que

la determinación de la filiación en los casos de gestación por sustitución puede llevarse a de dos modos: mediante la atribución de la filiación a los comitentes antes del nacimiento del niño o bien tras el parto si la gestante se ratifica en su voluntad de renunciar al niño que ha ges-

tado. El primero proporciona, en principio, una total seguridad jurídica al niño pero a costa de instrumentalizar a la mujer. El segundo deja margen para la autonomía de la mujer, pero generando una enorme incertidumbre sobre quiénes serán los padres del niño. (...) El primer modo de atribuir la filiación permite conocer con total certeza desde el inicio de la gestación quiénes son los padres del niño. Ahora bien, esa seguridad jurídica se alcanza al precio de imponer a la gestante un estado de cosas que, aunque haya sido libremente aceptado antes de la gestación, puede ser contrario a su más genuina voluntad durante el embarazo o una vez concluido el parto. Si la decisión sobre la vida del nasciturus queda en manos de los comitentes, se adueñan del cuerpo de la gestante durante el embarazo. Y, si se niega a la gestante la posibilidad de asumir la maternidad del niño que ha gestado y ha dado a luz, se menosprecia el valor que la experiencia del embarazo pueda tener en la vida de la gestante, así como su relación con el niño gestado. El segundo modo de atribuir la filiación deja margen a la libertad de la mujer. No se acepta que nadie, distinta de ella misma, decida sobre la vida del nasciturus. Y es ella quien, tras el embarazo y el alumbramiento, renuncia o no a la maternidad. Ahora bien, en este caso el precio de garantizar la libertad de la gestante es poner al niño en una situación de gran incertidumbre porque no se llega a saber, hasta después del nacimiento, quiénes serán sus padres (2017, p. 35).

Fácilmente se logra debilitar este argumento dado que, en primer lugar, todo ello se deriva de una mirada genética-biológica de la determinación filial, justamente, cuando existen distintas causas fuentes y formas para su determinación, incluido en España, que es donde se realiza este informe. Además, en todos los casos en los que una persona o pareja puede tener un hijo, ya sea naturalmente o mediante TRHA o GS, eligen las condiciones de desarrollo del/la niño/a y sus características, razón por la cual este fundamento cae por su propio peso.

Lo importante, sin duda alguna, es que todo procedimiento de GS cuente con el marco legal que asegure la protección de los derechos de todos los intervinientes.

En definitiva, el argumento de la explotación que conlleva a prohibir los acuerdos de GS viola el derecho de las mujeres a la autodeterminación y refuerza el estereotipo negativo de la mujer como incapaz de brindar un consentimiento racional.

Quienes no cierran los ojos a la realidad, a sabiendas que este peligro existe, aun promoviendo lo dicho anteriormente, también refieren que no se descarta que esta explotación pueda también existir, especialmente, si se carece de regulación legal. Es decir, que la falta de regulación es funcional, justamente, a la

explotación que tanto les preocupa como argumento central a los detractores de la GS. De este modo, la preocupación ante la posible explotación de mujeres es válida en muchos contextos. Indudablemente, la prohibición o silencio de la ley va a la par del aumento en el número de mujeres que pueden sufrir explotación como consecuencia de esta práctica debido a que provoca que la GS se realice al margen de la ley y, en muchos casos, en la clandestinidad, lo que incrementa los posibles abusos e injusticias (Kemelmajer de Calrucci; Lamm, Herrera, 2012, p.1).

Por eso, la posible explotación de mujeres que se encuentran en situaciones desventajosas es una preocupación legítima, pero hay que entender que la prohibición o el silencio de la ley lo potencia y, consecuentemente, aumenta el número de mujeres que pueden sufrir explotación como consecuencia de esta práctica. En esta línea que apuesta a la regulación se supone un procedimiento judicial previo, donde se comprueben algunas cuestiones tales como:

1) Consentimiento de la gestante: indispensable para comprobar certeramente que la gestante presta su consentimiento libre, pleno e informado al sometimiento de esta práctica. Libre, en tanto debe ser prestado sin coerción, violencia, intimidación ni presiones de ningún tipo. Pleno, pues debe ser prestado por alguien capaz de consentir a todas las cuestiones implicadas. Informado, tanto en los aspectos médicos como en los psicológicos, todo lo cual supone asesoramiento adecuado, en un contexto en el que las nociones de especialidad e interdisciplina resultan trascendentales en toda práctica médica, especialmente en las TRHA.

2) Plena capacidad, buena salud física y psíquica de la gestante: un requisito que garantiza que el consentimiento emana de una mujer competente, con autonomía plena, y que la GS no redundará en perjuicio de su salud. Para la comprobación de esta exigencia, la mujer debe someterse a estudios físicos y psíquicos previos. Además de esas certificaciones médicas y psicológicas previas, el juez toma la decisión auxiliado por un equipo interdisciplinario que evalúa la salud física y psíquica de la gestante y dictamina sobre su aptitud para actuar como tal.

3) Se autoriza sólo la sustitución gestacional: la gestante solo aporta la gestación, no sus óvulos.

Al respecto, el Informe del Comité de Bioética español se ha quejado de este tipo de requisito porque entiende:

De esta manera el contrato se establece entre una gestante que no tendrá relación genética con el niño y unos comitentes que sí la tendrán. El vínculo genético, asociado a la voluntad procreativa, se convierte así en el título para atribuir una filiación. Sin embargo, la

evidencia demuestra que el vínculo biológico entre la gestante y el niño durante nueve meses, unido a la voluntad de asumir la maternidad que pueda surgir a lo largo del embarazo, es mucho más fuerte que la simple aportación de gametos y constituye un título tan válido (o más) para determinar la filiación. Absolutizar la carga genética y minimizar la trascendencia de la gestación, reduciéndola a un irrelevante proceso de incubación, no es una posición que se pueda defender por sí sola, ni que favorezca la libertad de elección de la mujer (2017, p. 70).

En primer término, cae nuevamente en este binarismo gestación-maternidad que no es tal, como si fuese algo natural. Por otro lado, lo genético, en el marco de las TRHA tampoco importa en el ámbito de la legislación argentina, dado que la determinación de la filiación se da con la voluntad procreacional, independientemente de quién ha aportado los gametos.

Es verdad que el Anteproyecto de Reforma del CCiv. y Com. argentino sugería, en los casos de GS, que al menos uno de los “comitentes” haya efectuado dicho aporte, mas no en los proyectos de ley siguientes, que podían quedar exceptuados por diversas razones. Lo que sí se encuentra fuera de toda discusión es la imposibilidad de la gestante de aportar ella su material genético.

4) La gestante no se ha sometido a un proceso de GS más que una determinada cantidad de veces: este requisito tiende a evitar abusos y que mujeres se conviertan en “máquinas productoras de hijos ajenos”. Es decir, previene la “cosificación de la gestante”. También se justifica a los efectos de evitar la profesionalización de esta práctica. Se trata de una solución equilibrada, que por un lado garantiza la libertad y, por el otro, protege a las mujeres cuando la autonomía no es tal.

5) La gestante debe tener al menos un hijo previo propio: este requisito asegura que la gestante comprende la gravedad de su compromiso, porque ella ha sufrido los rigores de la gestación y el parto de un/a niño/a; garantiza, pues, que presta un consentimiento verdaderamente informado. Solo la mujer que ha gestado y ha dado a luz a un/a niño/a puede saber lo que ese acontecimiento implica e irroga, desde el punto de vista físico, médico y psicológico. La gestante debe ser protegida desde que la práctica implica, además de la cesión de su útero, la disposición, aunque sea temporal, de su integridad psicofísica.

6) Otra cuestión central tiene que ver con prever y proyectar un formato legal que regule compensaciones —no retribuciones— que sean fijadas por la autoridad de aplicación que al prever criterios uniformes no importe un enriquecimiento de la persona gestante, evitando de esta manera que esta sea la motivación y consecuentemente reducir así la tan temida “explotación” (Lamm, 2015).

Resulta sumamente interesante cómo los detractores de la GS, al utilizar este argumento, se refieren a la no libertad de las mujeres para elegir o decir que lo eligen, como medio para lograr ingresos económicos.

Eldihu ha dicho que “muchas veces, las mujeres de occidente tendemos a hablar en nombre de las mujeres empobrecidas de otros países. La manera de entender la propia maternidad suele ser muy diferente en distintos países. Porque, se trata de una construcción social. Por eso, es necesario que conozcamos cómo lo ven ellas” (Eldihu, s/f).

En definitiva, tal como lo sostiene Lamm:

Si de verdad estas prácticas preocupan porque se ‘presume’, muchas veces prejuiciosamente, que esto encierra una vulneración de derechos, entonces se debe prever y proyectar un formato legal que regule compensaciones -no retribuciones- que sean fijadas por la autoridad de aplicación que al prever criterios uniformes no importe un enriquecimiento de la persona gestante, evitando de esta manera que esta sea la motivación y consecuentemente reducir así la tan temida ‘explotación’ (2015, p. 1).

En otra línea de análisis, resulta sumamente interesante observar los debates en España respecto a la posible explotación y cosificación de las mujeres. Fíjese que se sostiene, por algunos movimientos LGTB -lesbianas, gays, trans, bisexuales- españoles que, si la GS se regula permitiéndola, se entraría a vivir una etapa de homopatriarcado que sabe sostenerse sobre la irreflexividad de algunos varones que, a pesar de no ser heterosexuales, pueden seguir perpetuando en su modo de reivindicar, en su modo de desear y convertir esos deseos en supuestos derechos, los patrones más arcaicos de una cultura que subyuga a las mujeres a la voluntad de los varones (5).

Este posicionamiento tan radical termina siendo absolutamente discriminatorio, partiendo de la base de que solo los homosexuales hombres utilizarán esta figura, entendiendo que las mujeres no pueden elegir libremente. Acaso, ¿no es que las mujeres son libres para decidir, por ejemplo, cuándo ser madres, cuántos hijos tener y se lucha por la despenalización del aborto desde estas mismas corrientes?

(5) Al respecto debe observarse varios escritos que se encuentran en foros web feministas que responden a esta nueva mirada la cual no es compartida por el autor. Véase entonces: <http://www.tribunafeminista.org/2017/06/la-libre-eleccion-es-la-peor-mentira-del-patriarcado/> [Fecha de consulta: 26/07/2017], http://www.eldiario.es/tribunaabierta/Gestacion-Subrogada-modelo-espanol_6_512058806.html [Fecha de consulta: 26/07/2017], <http://www.pikaramagazine.com/2017/07/cuerpo-a-tierra-que-vienen-los-nuestros-el-feminismo-ante-el-reto-de-la-discrepancia/> [Fecha de consulta: 26/07/2017], entre otras.

¿No se lucha por garantizar la igualdad entre todos los ciudadanos, especialmente por y para las personas LGTB solicitando acciones positivas de los Estados para lograr dicha igualdad y no caer en profundas discriminaciones? Para todo ello, las mujeres son libres y deben serlo, ahora para poder, de manera altruista y solidaria, gestar para otras personas, por ejemplo, un familiar o un tercero con un vínculo afectivo fuerte y sostenido en el tiempo, ceden su autonomía de manera absoluta para que estas personas se satisfagan con ella. Es que resulta que quienes las posicionan en ese lugar al que no se quiere llegar son los mismos que afirman estas posturas.

Desde ya que la respuesta de otro grupo de feministas no se hizo esperar, ya que los dichos anteriormente descriptos tratan de imponer una única visión del feminismo. Al respecto, se explica que Paredero (2017), tomando como referencia la Organización Nacional de Trasplantes, propone un modelo gestionado desde lo público, donde el mercado no tiene cabida, y absolutamente altruista. Si se puede organizar un modelo público, altruista y garantista, que evite con certeza la mercantilización del cuerpo de las mujeres, y de hecho se puede, pues en España no existe un mercado de órganos ni nadie pide la prohibición de la donación de órganos para evitar la mercantilización del cuerpo, ¿quiénes somos nosotras para prohibir a las mujeres gestar libremente para otras personas si así lo desean? (6).

Se interpreta que, si se utilizan los argumentos que se posicionan en contra de una regulación de GS apoyado en el “mito de la libre elección”, entonces se cae en un modelo de sociedad heteropatriarcal y neoliberal donde las mujeres no tienen capacidad de decidir libremente, sino que se ven forzadas a tomar decisiones por los condicionantes externos.

Este argumento de la explotación, cosificación y mercantilización de las mujeres cae por su propio peso al observar que, tanto en España (país en el que se ha centrado este debate) como en Argentina, se busca, en el primero, regular un proceso altruista controlado desde el sector público, y en el segundo, desde la intervención judicial, impidiendo cualquier intervención del mercado.

Lo mismo es sostenido por otra feminista, quien afirma:

sería difícil comprender que algunas compañeras feministas pudieran posicionarse en contra de regular imponiéndonos al resto de mujeres sus prejuicios y sus temores, que podrán constituirse legítimamente en sus propios límites, pero nunca en los de las demás. Las mujeres somos responsables y capaces de decidir si queremos gestar para otras perso-

(6) Recuperado de http://www.eldiario.es/tribunaabierta/Gestacion-Subrogada-modelo-espanol_6_512058806.html [Fecha de consulta: 26/07/2017].

nas o no, y la tarea de este nuestro movimiento no puede ir más allá de velar porque cada una de nosotras podamos decidir libre y conscientemente en todo lo que afecta, exclusivamente, a la vida y al cuerpo de cada una (González Ginzo, 2017, s/p.).

Observados todos estos puntos, es necesario referirse a la discusión más tensa sobre la GS. ¿Esta debe ser una práctica con fines altruistas u onerosos?

III. La discusión más tensa de la GS: ¿altruista u onerosa?

Una de las cuestiones centrales cuando se habla de la GS es la de su carácter altruista u oneroso. No solo está en la mira de quienes pretenden una regulación, sino que, justamente, muchas de las posturas contrarias tienen que ver con una mirada patrimonializada y paternalista respecto de ella.

En primer lugar, es necesario demarcar cuándo la GS es una u otra. En el caso de que esta sea altruista, se entiende que la gestante no percibe retribución por llevar adelante el embarazo, haciéndolo desinteresadamente y por una acción sumamente comprometida con un otro, gesto merecedor de un reconocimiento sinigual, en su mayoría, existiendo una relación de parentesco o un vínculo afectivo previo fuerte; o cuando percibe una compensación por dicha tarea, siendo esta última forma —a la que adhiero— más justa y equilibrada que la primera.

En el caso de la GS onerosa, la gestante presta un servicio a cambio de una contraprestación generando un enriquecimiento a su favor, pagada por los requirentes.

A partir de esto, cabe diferenciar la GS de modalidad onerosa y la de modalidad altruista con compensación. Entonces, en el primer caso, se está pagando por el servicio prestado; en cambio, en el segundo, la gestante adquiere una suma de dinero como un reaseguro respecto de cuestiones fácticas de cada caso, como puede ser, por ejemplo, porque no pudo percibir laboralmente lo que hubiese podido sino transitaba un embarazo, los gastos médicos y psicológicos que se ocasionaron, los traslados, el seguro de vida, los pagos de la cobertura de la pre-paga, entre otros. Esto parecería que sí podría pagársele a la gestante, pero no más que eso.

Ahora bien, si se observa la GS de modalidad onerosa, varias voces parten de la premisa de que, si existe una contraprestación, el acuerdo entre las partes resulta inmoral o de que toda convención deriva de una cosificación y explotación de las mujeres, tal como se observará más adelante en los argumentos que la doctrina desarrolla en contra de la GS.

Entendiendo la postura de quienes se apoyan a favor de la GS comercial, esta modalidad no tiene como arista principal la compra de un hijo, sino más bien, la realización de una obligación de hacer, es decir, un servicio prestado por una mujer que gestará y dará a luz para que la otra parte de esta convención sea quien actúe como progenitor/es del/la niño/a que nace.

La doctrina se ha hecho eco de esta postura y ha aseverado:

Se podría pensar que lo que la pareja o persona comitente conviene es un servicio en particular de la gestante. Pero no es necesario suponer que nada se compra o se vende. El punto de un contrato es que ambas partes lleguen a un acuerdo sobre las obligaciones de cada uno. En los contratos comerciales, es típico que una de las partes se comprometa a dar dinero a la otra parte, si ciertas cosas son entregadas por la otra parte. Esto podría, pero no necesariamente implica, la transferencia de la propiedad. El cumplimiento de un contrato de gestación por sustitución puede implicar la ejecución de una convención en la que nada se entrega, sino que, simplemente se cumplen prestaciones de hacer (Lamm, 2012a, p. 1).

En respuesta a la GS comercial, una de las corrientes contrarias a su aceptación relaciona esta posición con la posible explotación de las mujeres y la cosificación de sus cuerpos. En este sentido, se ha dicho que cuando se habla de GS se refiere a “una forma de procreación colaborativa, lo que es raro en una cultura caracterizada por el individualismo extremo y más aún cuando el principal motivo por el que una mujer alquila su vientre es económico. Es una explotación social, aunque se trate de cubrirlo con un manto de altruismo” (Radakoff, 2017) y se pregunta si las mujeres son libres de elegir cuando hay cifras siderales de por medio.

Contrarrestando este argumento, merece la pena traer a colación las palabras de la Corte Suprema de California en el famoso caso “Johnson vs. Calvert” de 1993, en el que se ha dicho:

el argumento de que una mujer no puede convenir, en forma consciente e inteligente, en gestar y dar a luz a un bebé para padres por intención, posee connotaciones de una forma de razonar que, durante siglos, impidió a las mujeres alcanzar iguales derechos económicos y estado profesional ante la ley. Resucitar esta concepción significa impedir una elección personal y económica por parte de la gestante y negarles a los padres por intención lo que puede ser su único medio de procrear a un niño de sus propios genes. Ciertamente, en el presente caso no es posible sostener que Anna -una enfermera vocacional diplomada, que ha tenido buenas calificaciones en la escuela y que

previamente había dado a luz a un niño- carecía de los medios intelectuales o de la experiencia de vida necesaria para tomar una decisión informada para suscribir el contrato de gestación por sustitución.

Es claro que, más allá de no compartir que la GS sea onerosa, las mujeres gestantes son libres para decidir siempre que tengan la capacidad de hacerlo (en consonancia con las reglas del CCiv. y Com.) y la forma de evitar abusos no radica en la prohibición o en el argumento de la cosificación sino en el control mediante una ley y una autoridad de aplicación presente y protectoria, poniendo límites claros en el aspecto económico. Véase aquí que el anteproyecto de reforma del CCiv. y Com. establecía que una mujer podía solamente gestar, como máximo, dos veces para otro y, en razón de ello, crearse un registro nacional o local con información cruzada de gestantes. Allí reside la verdadera protección. Es que, además, que haya o no dinero no garantiza un libre consentimiento por parte de ellas, ni tampoco un consentimiento libre se otorga solo por llevar adelante un procedimiento gratuito, razón por la cual, los absolutismos a cuestiones que tienen que ver con decisiones, en el marco de la autodeterminación, carecen de toda lógica.

Los casos de GS altruista con compensación a favor de la gestante es la que mejor se ajusta a la realidad de la práctica, ya que esta modalidad facilita un acuerdo basado en la confianza y evita la profesionalización de la GS.

En primer lugar, la confianza se genera en los posibles vínculos afectivos o intrafamiliares que surgen en este tipo de procedimientos, máxime cuando no va a existir un enriquecimiento a favor de quien gesta; y en segundo lugar, la modalidad mediante la cual no se paga por el servicio prestado evita —o por lo menos limita— que exista un mercado de esta práctica, en la cual se vulneren los derechos de algunas personas que actúan como gestantes, siendo ellas mujeres en condiciones de pobreza y, también, la idea de compensación evita la explotación de este mismo universo de mujeres.

En definitiva, para visibilizar la práctica de la GS, pero visibilizándola con todas las aristas que posee, siendo que cada caso tiene sus particularidades propias, máxime cuando se trata de relaciones entre seres humanos, es que, en virtud de la mayor protección de todos los involucrados, la mejor forma de llevar adelante todo procedimiento es mediando una compensación a favor de la gestante.

IV. Conclusiones

Del presente trabajo surgen cuestiones sumamente importantes relacionadas con los derechos humanos, el impacto en la vida individual y familiar de cada persona, los avances científicos y tecnológicos y las demandas sociales que todo esto genera.

La GS es un procedimiento que se compone de una técnica especial de reproducción médicamente asistida pero con la intervención de una tercera persona que ocupa un rol fundamental, garantizando así el cumplimiento de distintos derechos humanos desde una mirada constitucional y convencional, generando la investigación, análisis y regulación a nivel global.

Lo que se ha pretendido en este trabajo es analizar de manera completa los principales argumentos que se posicionan en contra de la GS, en opinión y estudio por doctrinarios nacionales e internacionales.

Cabe destacar que la fuerza de realidad mueve el eje de las discusiones, sin perder de vista que la GS tiene un fin primordial en la vida de las personas: tener un hijo o hija y formar la familia que tanto se desea.

Para ello, hay que darles opciones a todas las personas, en igualdad de condiciones, con diferentes posibilidades, que seguramente sean distintas las unas de las otras. Para ello, se requiere de un marco jurídico que garantice el ejercicio de los derechos, que respete y promueva el derecho de las personas a construir paternidades y maternidades libres y responsables, reconociendo la pluralidad y diversidad que existe en nuestra sociedad, sin caer en fundamentalismos ni negándole a las personas su derecho humano a fundar una familia.

En definitiva, mirando los argumentos en contra de la práctica analizados, no alcanzan para dar respuestas negativas, todo lo contrario, profundizan aún más la necesidad de regular favorablemente a la GS.

V. Bibliografía

Azpiri, J. O. (2012). La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial. *DFyP*, año 4, N° 6 (pp. 116-117).

Basset, Ú. (2015). En consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial. *La Ley*, 14/07/2015.

Blyth, E. (1994). I wanted to be interesting. I wanted to be able to say 'I've done something interesting with my life'. Interviews with surrogate mothers in Britain. *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, Vol. 12, Issue 3 (pp. 189-198).

Bossert, G. A. (1988). Fecundación asistida. *JA* 1988-IV-875.

Chmielak, C. L. (2017). Maternidad subrogada y voluntad procreacional. *DFyP*, 0/05/2017.

Fischer S. y Gillman I. (1991). Surrogate motherhood: attachment, attitudes and social support. *Psychiatry*, 54 (pp. 13-20).

Hanafin, H. (1987). Surrogate Parenting: Reassessing Human Bonding, *Presentation at the annual meeting of the American Psychological Association*, NYC, NY (august 28, 1987).

Herrera, M. y Lamm, E. (2012). ¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución. *Revista Microjuris*, 19/09/2012.

Imrie, S. (2014). Subrogación en el Reino Unido: Experiencias y salud psicológica de gestantes subrogadas y sus familias. En F. Zegers y S. Salas, *Bioética, reproducción y familia*. Colección de Pensamiento Contemporáneo. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.

Iñigo, D. B.; Wagmaister, A. y Levy, L. M. (1991). Algunas reflexiones sobre reproducción humana asistida (esquema comparativo de tres legislaciones vigentes). *La Ley* 1991-B, 1135.

Jadv, V.; Murray, C.; Lycett, E.; Maccallum, F. y Golombok, S. (2003). Surrogacy: the experiences of surrogate mothers. *Human Reproduction*, 18 (pp. 2196-204).

Kemelmajer de Carlucci, A.; Lamm, E. y Herrera, M. (2012). "Regulación de la gestación por sustitución. *La Ley*, 09-10/09/2012.

Lafferriere, J. N. (2017). La prohibición de la maternidad subrogada en Argentina. Recuperado de <http://centrodebioetica.org/2017/02/la-prohibicion-de-la-maternidad-subrogada-en-argentina/> [Fecha de consulta: el 26/02/2017].

Lamm, E. (2015). Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia. *La Ley*, 21/12/2015.

Lamm, E. (2012a). La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución. *Revista Electrónica Cuestión de Derechos*, N° 3. Recuperado de www.cuestiondederechos.org.ar [Fecha de consulta 3/01/2018].

Lamm, Eleonora (2012b). *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. ed. Observatori de Bioètica i Dret, UB.

Mendez Costa, M. J. y D' Antonio, D. H. (1990). *Derecho de Familia*. Santa Fe, t. III.

Minyersky, N. (2012). El impacto del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del derecho de familia. *Revista Pensar en Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

Radakoff, D. (2017). *Comercialización de vientres de alquiler: ¿una forma de esclavitud?* Recuperado de <http://www.bioetica-debat.org/modules/news/article.php?storyid=655> [Fecha de consulta: 20/09/2017].

Ragone, H. (1994). *Surrogate motherhood: conception in the heart*. San Francisco: Oxford Westview Press.

Rivera, J. C. (2007). *Instituciones de derecho civil. Parte general*, t. I. 4a ed. actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Sambrizzi, E. A. (2004). La filiación en la procreación asistida. *El Derecho*.

Siddiqui, A.; Hagglof, B. y Eisemann, M. (1999). An exploration of prenatal attachment in Swedish expectant women. *Journal of Reproductive and Infant Psychology*. Vol. 17. Iss. 4 (pp. 369-380).

Van Den Akker, O. (2007). Psychosocial aspects of surrogate motherhood. *Human Reproduction Update*, vol.13, N° 1 (pp. 53 y ss.).

Vela Sanchez, J. (2017). A propósito del “informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada” de 19 de mayo de 2017. *Diario La Ley* N° 9035, Sección Doctrina, 6 de septiembre Ed. WoltersKluwer.

Videla, M. (1999). Los derechos humanos en la bioética. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Zannoni, E. A. (1998). *Derecho civil. Derecho de familia*, 5ta. ed. actual. y ampliada, t. II, Buenos Aires.

Paradero Huerto, I. (2016). Recuperado de http://www.eldiario.es/tribunaa-bierta/Gestacion-Subrogada-modelo-espanol_6_512058806.html [Fecha de consulta: 26/07/2017].

Salvo Casaus, N. (2017). Recuperado de <http://www.tribunafeminista.org/2017/06/la-libre-eleccion-es-la-peor-mentira-del-patriarcado/> [Fecha de consulta: 26/07/2017].

Ventura Armas, M. (2017). Recuperado de <http://www.pikaramagazine.com/2017/07/cuerpo-a-tierra-que-vienen-los-nuestros-el-feminismo-ante-el-reto-de-la-discrepancia/> [Fecha de consulta: 26/07/2017].

Olza, I. (2017). Recuperado de <https://iboneolza.wordpress.com/2017/03/29/la-gestacion-subrogada-es-violencia/> [Fecha de consulta: 26/07/2017].

Código Civil y Comercial. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 07/10/2014.

Ley N° 26.529, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 19/11/2009.

Corte Suprema de Justicia de México, 16/08/2010, (s/f).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 01/04/2010, “S., H. y otros c. Austria” [on line] Recuperado de <https://strasbourgobservers.com/2011/11/09/s-h-and-others-v-austria-margin-of-appreciation-and-ivf/> [Fecha de consulta: 28/07/2017].

Tribunal Suprema de España, Sala de lo Civil en pleno, 02/06/2014, “D. Ramón y D. César c. Administración General del Estado”, [on line]. Recuperado de <http://www.asadip.org/uploads/2013/12> [Fecha de consulta: 14/03/2018].

Corte Suprema de California, EE.UU., 1993, “Johnson v. Calvert”, [on line]. Recuperado de <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html> [Fecha de consulta: 12/11/2017].

Fecha de recepción: 30-03-2018 Fecha de aceptación: 04-06-2018